

A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos*

The national margin of appreciation in the Inter-American Court of Human Rights

Gilberto Schäfer**

José Eduardo Aidikaitis Previdelli***

Jesus Tupã Silveira Gomes****

RESUMO

Ao examinar casos de violação de Direitos Humanos, as Cortes Internacionais são confrontadas por peculiaridades sociais e culturais dos Estados-membros, que devem ser levadas em consideração no julgamento. O presente artigo propõe o estudo da Teoria da Margem Nacional de Apreciação no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à luz da doutrina nacional e internacional e da análise de casos consultivos e contenciosos apreciados por aquela Corte. O problema central versa sobre os limites de aceitação e forma de aplicação dessa teoria à Corte IDH, com a finalidade de trazer novos elementos ao debate sobre o tema. Para tal finalidade, primeiramente são traçadas as bases teóricas necessárias à compreensão da Margem Nacional de Apreciação, abordando seu conceito, seu surgimento no direito administrativo alemão e sua posterior adoção pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em que a teoria foi desenvolvida. Em um segundo momento, examinamos a fundamentação apresentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos consultivos — especialmente as Opiniões Consultivas 4/84 e 24/17 — e contenciosos, com a finalidade de traçar os parâmetros de adoção da referida teoria no sistema interamericano de Direitos Humanos. O presente artigo foi elaborado de acordo com o método hipotético-dedutivo para aferição da aplicação da Margem Nacional de Apreciação na Corte IDH a partir da análise dos casos selecionados. O estudo possibilita aferir que, apesar de a Corte IDH em tese aceitar a aplicação desta teoria, tem adotado critérios rígidos em relação à análise de casos contenciosos, objetivando assegurar uma esfera mínima de proteção aos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Margem Nacional de Apreciação.

ABSTRACT

When examining cases of human rights violations, International Courts are confronted by social and cultural peculiarities of the Member States, which must be taken into consideration in the judgment. This paper proposes the study of theory of National Margin of Appreciation within the

* Recebido em 12/06/2018
Aprovado em 09/07/2018

** Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul.
E-mail: gilbertoschafer@hotmail.com

*** Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Mestrando em Direitos Humanos pelo UniRitter – Laureate International Universities.
E-mail: edprevidelli@gmail.com

**** Mestre em Direitos Humanos pelo UniRitter – Laureate International Universities.
E-mail: jtsg1976@gmail.com

framework of the Inter-American Court of Human Rights, in the light of the national and international doctrine and through case law analysis and advisory dispute heard by that Court. The central problem concerns the limits of acceptance and application of the theory on I/A Court, with the purpose of bringing new elements to the debate on the topic. For such a purpose, we trace the theoretical bases necessary for the understanding of the National Margin of Appreciation, addressing your concept, your appearance in the German administrative law and your subsequent adoption by European Court of Human Rights, where the theory was developed. In a second moment, we examine the rationale presented by the I/A Court in advisory cases – especially the 4/84 and 24/17 – and litigation ones, with the purpose to trace the parameters of adoption of the theory in the Inter-American human rights system. This paper was prepared according to hypothetical-deductive to measure the implementation of the National Margin of Appreciation on I/A Court from the analysis of selected cases. The study makes it possible to determine that, although the Inter-American Court sometimes accept the application of this theory, has adopted strict criteria when the analysis of contentious cases, in order to ensure a minimum sphere of human rights protection.

Keywords: International Law on Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. National Margin of Appreciation.

1. INTRODUÇÃO

A proteção do indivíduo, dos grupos em situação de vulnerabilidade e dos povos ocupam especial relevância da pauta mundial desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, inclusive sustentado por Bobbio que o próprio debate sobre o fundamento dos Direitos Humanos encontra-se superado desde aquela, remanescendo a especial preocupação com a garantia daqueles¹. As Cortes Internacionais criadas desde então, nos âmbitos universal e regionais, passaram a tutelar os direitos conferidos ao indivíduo e aos grupos vulneráveis por meio dos pactos internacionais, o que pode gerar conflitos entre o universalismo dos Direitos Humanos e as particularidades locais existentes em cada Estado,

tendo em vista a multiplicidade de atores e de poderes envolvidos².

A Teoria da Margem Nacional de apreciação busca conjugar as disposições inscritas nos tratados internacionais de direitos humanos com as peculiaridades culturais e sociais de cada Estado-parte, reservando-lhes espaço para atuação discricionária no que se refere a questões tipicamente locais³, de forma a evitar a aniquilação da diversidade cultural sob a bandeira da universalidade dos Direitos Humanos⁴.

Nesse sentido, cumpre indagar em que consiste a margem de apreciação e se esse instituto vem sendo utilizado — e de que forma — pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). O presente estudo tem por objetivo compreender a formação da Teoria da Margem de Apreciação e a sua aplicação no direito internacional dos direitos humanos, apresentando os requisitos de sua incidência, bem como examinar os casos em que ela foi debatida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CorteIDH, com especial atenção à Opinião Consultiva n°. 04/84.

O trabalho encontra-se dividido em duas partes. Inicialmente, apresentamos uma breve síntese histórica quanto ao surgimento da margem de apreciação e de sua adoção pelas Cortes internacionais, bem como as bases teóricas para a sua aplicação. Em seguida, analisamos os fundamentos invocados pela CorteIDH para sua utilização na Opinião Consultiva n°. 04/84 e no julgamento de três casos contenciosos (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs. Ecuador e Barreto Leiva vs. Venezuela), buscando verificar a efetiva adoção dessa teoria no sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos.

O estudo foi elaborado por meio da revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre a matéria e da análise de julgamentos proferidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CorteEDH) e pela própria CorteIDH. Utilizou-se, essencialmente, o método hipotético-

1 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17.

2 CÁRCOVA, Carlos Maria. *As teorias jurídicas pós-positivas*. Belo Horizonte: Letramento, 2016. p. 285.

3 DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 196, p. 133-147, out./dez. 2012. p. 134.

4 MELO JUNIOR, José Ricardo Custódio de. O conflito entre o universalismo dos direitos humanos e o multiculturalismo: reflexos na aplicação da doutrina da margem de apreciação. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 7, n. 39, p. 7-21, pt. 2, out./dez. 2015. p. 9.

co-dedutivo, buscando confirmar a hipótese lançada a partir das sentenças exaradas pela Corte Interamericana.

Os resultados obtidos apontam que a CorteIDH vem reconhecendo, em casos especiais, que os Estados que se submetem à sua jurisdição gozam de um certo espaço de atuação discricionária na proteção dos direitos humanos, desde que isso não implique violação às prerrogativas convencionalmente conferidas aos indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade.

2. A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO

Segundo Cárcova⁵, em razão da barreira opaca que divide o direito de seus destinatários, os atos normativos deixam de ser conhecidos pelos atores sociais, que apenas realizam as condutas descritas sem perceber seus significados e alcances, como se realizassem rituais. Essa opacidade crescente implica, igualmente, o incremento da complexidade dos sistemas jurídicos⁶.

A margem nacional de apreciação, entendida como o reconhecimento de uma reserva de atuação do Estado de acordo com suas peculiaridades em relação às normas internacionais, apresenta-se como uma das ferramentas de conciliação entre a noção tradicional de soberania estatal — com as inúmeras escolhas no âmbito interno — e as disposições inscritas nos tratados internacionais de Direitos Humanos, muitas vezes redigidas com um alto grau de abstração.

Dessa forma, mostra-se necessária a apresentação das noções gerais sobre a margem nacional.

2.1. O surgimento da margem de apreciação nacional

O estudo da Teoria da Margem de Apreciação (*Beurteilungsspielraum*) exige que sejam, inicialmente, traçados os contornos históricos de seu surgimento e adoção pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CorteEDH).

O instituto tem sua origem no direito administrativo alemão, na década de 1950, influenciada pela Teoria da

Discrecionariiedade Administrativa. A doutrina aponta que ele foi aplicado, pela primeira vez, pelo Tribunal Administrativo alemão, em 1971, no julgamento do *Jugendgefährdungsurteil*, no qual aquela Corte recusou-se a analisar se uma determinada revista ofereceria risco à juventude, pois, supostamente, pornográfica, reconhecendo que tal análise integrava margem de apreciação do administrador⁷.

No âmbito da CorteEDH, a adoção da margem de apreciação possibilitou que fosse reconhecido aos Estados um espaço de atuação discricionária, apesar de encontrarem-se vinculados à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Essa margem foi adotada, inicialmente, de forma implícita, no julgamento do caso *Lawless vs. Irlanda*. Gerard Richard Lawless foi preso, em 11 de julho de 1957 quando estava embarcando da Irlanda para a Inglaterra como suspeito de ser membro do IRA. Ele foi mantido por 24 (vinte e quatro) horas na estação de polícia de Bridewell, e a detenção foi prorrogada por igual período. Encerrado tal prazo, houve sua transferência para outras prisões, conforme a Lei nº 02/1940 — que alterou a Lei de Segurança do Estado, de 1939 — sendo posto em liberdade em 11 de dezembro de 1957, após processamento de representação perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos⁸.

O caso foi levado à apreciação da CorteEDH que, dentre outros fundamentos, afirmou que os Estados gozam de liberdade para suprimir certas garantias individuais em circunstâncias excepcionais, afastando-se da orientação estabelecida no artigo 15º da CEDH:

ARTIGO 15º

Derrogação em caso de estado de necessidade

1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes

5 CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTR, 1998. p. 14.

6 CÁRCOVA, Carlos Maria. Complejidad y derecho. *Doxa*, Universidad de Alicante, Valência, v. 2, n. 21, p. 65-78, 1998. p. 78. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

7 SOUZA, Antônio Francisco de. Margem de apreciação e Estado de direito. *POLIS – Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, Lisboa, n. 2, p. 7-28, jan./mar. 1995. p. 8. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/viewFile/1744/1850>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

8 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lawless vs. Irlanda*. Sentença de 01 de julho de 1961. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165129>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

do direito internacional. (Grifo nosso).

Outra situação em que a CorteEDH também aplicou a margem de apreciação diz respeito ao *Caso Lingüístico Belga*⁹. Na ocasião, houve impugnação ao sistema educacional da Bélgica, que dividia o país em quatro regiões de línguas distintas. Diversos países que falavam o idioma francês pretendiam que seus filhos fossem instruídos nessa língua, mas pertenciam à região legalmente considerada “de fala holandesa”. A CorteEDH entendeu que o Estado dispunha de discricionariedade para estruturar o sistema educacional local, de acordo com os recursos disponíveis e de forma a atender as necessidades das diversas comunidades¹⁰.

Apenas, no caso *Handyside vs Reino Unido*¹¹, a doutrina identificou a utilização da margem de apreciação, como teoria própria no âmbito da CorteEDH¹². Em sentido contrário, Diniz¹³ afirma que a CorteEDH elaborou a Teoria da Margem de Apreciação no julgamento do caso *Irlanda vs. Reino Unido*.

O Estado britânico foi demandado em razão de alegada violação ao direito de liberdade de expressão, na forma do art. 10.1 da CEDH¹⁴, por ter apreendido e

destruído cópias de livros sob a alegação de conteúdo obsceno e inapropriado, consoante a *Obscene Publications Acts 1959/1964*. Ao apreciar o caso, a CorteEDH reforçou que “*el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre*”. Acrescentou que caberia analisar se a conduta do Estado ultrapassou os limites da margem de apreciação, violando os parâmetros de proteção estabelecidos no artigo 10.2 da Convenção Europeia¹⁵.

Importa observar que o reconhecimento das diversidades dos Estados-membros constitui um dos fundamentos para a aplicação da margem de apreciação, diante do caráter subsidiário do direito internacional dos direitos humanos e porque as autoridades locais encontram-se melhor aparelhadas para verificar a ocorrência de eventuais violações.

2.2. Delimitando o conceito

A margem nacional de apreciação pode ser entendida¹⁶ como a prerrogativa ou o privilégio conferido ao Estado — no âmbito da proteção ao indivíduo e aos grupos em situação de vulnerabilidade — na aplicação de disposições convencionais com conceitos indeterminados¹⁷ e na presença de lacunas (de direito e de previsão) nos tratados internacionais¹⁸.

cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

15 ARTIGO 10º [...] 2. O exercício dessas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

16 Vale observar que a margem nacional de apreciação já apresenta divergência quanto a sua própria definição como teoria, como doutrina ou mesmo como expressões sinônimas. Como já observado desde o início deste estudo, sem aprofundar o debate, é adotada a expressão teoria, acompanhando o posicionamento majoritariamente acolhido pela doutrina nacional.

17 SOUZA, Antônio Francisco de. Margem de apreciação e Estado de direito. *POLIS – Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, Lisboa, n. 2, p. 7-28, jan./mar. 1995. p. 7. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/viewFile/1744/1850>. Acesso em: 23 ago. 2017.

18 DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/

9 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso lingüístico belga*. Sentença de 23 de julho de 1968. Disponível em: <https://madalen.files.wordpress.com/2008/03/tedh_caso_linge3bcc3adstico_belga.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017.

10 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 2, n. 3, p. 157-181, 2015. p. 164. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/issue/view/3/showToc>. Acesso em: 23 ago. 2017.

11 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Handyside vs. Reino Unido*. Sentença de 08 de setembro de 1976. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165143>. Acesso em: 16 out. 2017.

12 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, jan. 2015. p. 204. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Acesso em: 16 out. 2017.

13 DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transnacionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 196, p. 133-147, out./dez. 2012.

14 Artigo 10 – Liberdade de expressão – 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de

Essa discricionabilidade está relacionada com o que Saldanha e Brum¹⁹ chamam de “limites decisórios dos sistemas de justiça internacional” de direitos humanos, e implicam uma forma de autorrestrição (*self-constraint*) na atuação das Cortes Internacionais em benefício dos sistemas judiciais internos²⁰.

Em relação a esse contexto, a doutrina reconhece três elementos que justificam a aplicação da Teoria da Margem de Apreciação: (1) a natureza subsidiária da proteção internacional dos direitos humanos em relação à proteção nacional; (2) o contato direto dos Estados-membros com as suas forças vivas, de acordo com o cabedal cultural de cada um e (3) a ausência de parâmetros comuns em matéria de direitos humanos²¹.

O primeiro justificador da aplicação da teoria leva em consideração a existência de dois sistemas de proteção de direitos humanos, o interno e o internacional²². O segundo não tem por finalidade substituir os tribunais internos ou funcionar como Cortes revisoras ordinárias²³.

Ou seja, ao aderir aos tratados internacionais, o Estado “[...] passa a aceitar o monitoramento internacional sobre o respeito dos direitos humanos em seu território, com responsabilidade de tutela originária, sendo a ação internacional suplementar, adicional e subsidiária”²⁴.

Assim, ainda que não esteja expressamente prevista em dispositivo convencional, a margem de apreciação decorre logicamente do Princípio da Subsidiariedade do direito internacional²⁵, especialmente da atuação das esferas internacionais.

No que diz respeito ao segundo elemento, a margem de apreciação busca exatamente estabelecer o equilíbrio entre a universalização dos direitos humanos e as características culturais de cada povo²⁶, necessário em razão da constatação de que os diferentes povos, apesar de partilharem valores comuns, buscam também o reconhecimento das particularidades que lhes são próprias²⁷.

Nesse sentido, Diniz²⁸ assevera que a CorteEDH admitiu a utilização da margem nacional de apreciação em decorrência de os Estados (e atores nacionais) estarem, em regra, em contato direto com as tradições e peculiaridades locais, encontrando-se em situação privilegiada para aferir a regularidade de disposições jurídicas que implicam restrições a direitos fundamentais, de forma a respeitar o pluralismo cultural e fortalecer a coexistência

view/6058/3328>. Acesso em: 19 out. 2017.

19 Saldanha, Jânia Maria Lopes; Brum, Márcio Moraes. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, jan. 2015. p. 203. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>>. Acesso em: 16 out. 2017.

20 Mendonça, Fernanda Graebin; Nascimento, Valéria Ribas do. Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 24, n. 94, p. 221-246, jan./mar. 2016. p. 237.

21 Seferjan, Tatiana Robles. Proteção internacional dos direitos humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 389-416, jul./set. 2015; Diniz, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2º quadrimestre de 2011. p. 404. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6058/3328>>. Acesso em: 19 out. 2017.

22 Mendonça, Fernanda Graebin; Nascimento, Valéria Ribas do. Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 24, n. 94, p. 221-246, jan./mar. 2016. p. 84.

23 NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, ago. 2016. p. 84. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/62292>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

24 SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. p. 181. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/340/315>>. Acesso em: 24 out. 2017.

25 ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, p. 117-143. 2007. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6778/6476>>. Acesso em: 19 out. 2017.

26 DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transnacionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 196, p. 133-147, out./dez. 2012. p. 140.

27 Saldanha, Jânia Maria Lopes; Brum, Márcio Moraes. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, jan. 2015. p. 201. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>>. Acesso em: 16 out. 2017.

28 DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2º quadrimestre de 2011. p. 404. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6058/3328>>. Acesso em: 19 out. 2017.

das ordens jurídicas, interna e externa²⁹.

No entanto, o atendimento a peculiaridades culturais locais não se presta para justificar situações de violação às obrigações assumidas no plano internacional. Com efeito, uma vez celebrado um tratado internacional, o Estado encontra-se vinculado ao seu cumprimento, devendo realizá-lo de boa-fé³⁰ e sem invocar disposições de seu ordenamento interno para justificar atuações em desconformidade com as disposições internacionais³¹.

Nesse sentido, mostra-se válida a crítica feita por Silva³² à manifestação da República Islâmica do Irã ao Comitê de Direitos Civis da ONU quanto ao suposto descumprimento do artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Na ocasião, o Estado afirmou estar promovendo alterações na sua legislação interna para atender à disposição convencional, inclusive limitando em 74 chicotadas a punição a ser imposta àquele que maltratar, de forma intencional, outra pessoa.

Ainda, deve ser levado em consideração que, segundo o artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados a interpretação dos tratados internacionais, deve-se levar em consideração o “[...] sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”.

Por derradeiro, a ausência de parâmetros comuns decorre da diversidade cultural verificada entre os diversos Estados e da possibilidade de conferirem-se diferentes interpretações aos dispositivos inscritos nos pactos internacionais³³, as quais podem ser consideradas

legítimas justamente em razão do pluralismo de culturas e pela indeterminação dos textos convencionais.

Nesse caso, o trabalho do intérprete deve ser mais acurado, de forma a evitar que a invocação de peculiaridades locais — que devem ser preservadas — sirva de justificativa para o descumprimento das obrigações convencionais, o que poderia levar à responsabilização do Estado no plano internacional. Deve-se lembrar que, ao firmar tratados internacionais, o Estado assume, de forma solene, o dever de respeitar e efetivar as disposições nele inscritas. É seu o dever de cumprir as obrigações convencionais. Apenas em caso de descumprimento é que os órgãos internacionais poderiam buscar sua responsabilização³⁴.

A inexistência de modelos reflete-se na própria amplitude da margem de apreciação conferida aos Estados, de acordo com a matéria enfrentada, ou ainda, a falta de consenso sobre determinada matéria politicamente sensível, o que é objeto de preocupação dos ativistas de DDHH. Veja-se que a CorteEDH confere maior discricionariedade aos Estados que se submetem à sua jurisdição para regularem as questões relativas à imigração, restringindo a atuação nacional no que se refere a expulsão e deportação ou criminalização de homossexuais³⁵. Aliás, aquelas demandas em que há direta relação da situação jurídica com a religião ou cultura são terreno fértil à margem de apreciação³⁶.

Quanto à forma de aplicação da margem de apreciação, quando da denúncia de violação, as Cortes Internacionais devem aferir se houve ou não restrição às prerrogativas convencionalmente conferidas aos indivíduos ou aos grupos em situação de vulnerabilidade. No caso

29 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, jan. 2015. p. 204. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>>. Acesso em: 16 out. 2017.

30 Na forma do artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, internalizada no Brasil por meio do Decreto. 7.030/2009, “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

31 O artigo 27 da mesma Convenção de Viena prevê que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Essa regra não prejudica o artigo 46”.

32 SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-118.

33 MENDONÇA, Fernanda Graebin; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Os desafios para a proteção dos direitos humanos na

era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 24, n. 94, p. 221-246, jan./mar. 2016. p. 236.

34 DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

35 SEFERJAN, Tatiana Robles. Proteção internacional dos direitos humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 389-416, jul./set. 2015. p. 408.

36 DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transnacionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 196, p. 133-147, out./dez. 2012. p. 141.

de resposta positiva, analisa-se a proporcionalidade da conduta Estatal, ou seja, se a interferência (a) é legítima e hábil à finalidade almejada; (b) o fim pretendido poderia ser alcançado com medida menos restritiva e (c) se o prejuízo resultante da restrição não excede o benefício que deu azo à medida³⁷.

Estabelecidos os limites da margem nacional de apreciação, passamos ao exame de sua aceitação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

3. A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A margem de apreciação nacional é amplamente aceita no sistema europeu de proteção aos direitos humanos e vem sendo reiteradamente aplicada pela CorteIDH. A questão é saber como o sistema interamericano lida com esse instituto na América³⁸.

3.1. A CorteIDH e a opinião consultiva nº. 04/84

A primeira oportunidade em que a CorteIDH se manifestou sobre a margem nacional de apreciação, inclusive com seu acolhimento, referiu-se à manifestação na Opinião Consultiva nº. 04, de 19 de janeiro de 1984, tida como a porta de entrada dessa teoria no sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos³⁹.

O governo da Costa Rica apresentou à CorteIDH a reforma do disposto nos artigos 14 e 15 da Constituição nacional, relativos às regras de nacionalização. A redação do texto constitucional, grifadas as alterações, era a seguinte:

Artigo 14. São costa-riquenhos por naturalização:

1) Aqueles que adquiriram esse status em virtude de

leis anteriores;

2) Nacionais de outros países da América Central, de boa conduta, que tenham residido ao menos um ano no país e que declarem perante o registro civil sua intenção de ser costa-riquenhos;

3) Hispânicos e ibero-americanos natos, que obtenham o certificado apropriado do registro civil, desde que tenham tido domicílio no país durante os anos anteriores ao requerimento;

Proposta de alteração: 3) *Nacionais nativos de outros países da América Central, hispânicos e ibero-americanos com cinco anos de residência oficial no país e que preencham os demais requisitos da lei;*

4) Centro-americanos, hispânicos e ibero-americanos que não sejam natos e outros estrangeiros que tenham tido domicílio na Costa Rica por um período mínimo de cinco anos imediatamente anteriores ao requerimento de naturalização, de acordo com os requisitos legais;

Proposta de alteração: 4) *Centro-americanos, hispânicos e ibero-americanos que não sejam natos e outros estrangeiros que tenham mantido residência oficial por um período mínimo de sete anos e que preencham os demais requisitos da lei;* 5) Mulher estrangeira que mediante casamento com um costa-riquenho perca sua nacionalidade e que indique seu desejo de se tornar costa-riquenha;

Proposta de alteração: 5) *Mulher estrangeira que mediante casamento com um costarriquenho perca sua nacionalidade ou que após dois anos de casamento com costa-riquenho após o mesmo período de residência no país, indique seu desejo de assumir nossa nacionalidade;*

Proposta de alteração: 6) *Qualquer um que receba nacionalidade honorária da Assembleia Legislativa;*

Artigo 15. Qualquer um que requeira naturalização deve previamente demonstrar evidências de boa conduta, deve demonstrar que possui uma ocupação conhecida e ou formas de subsistência e deve comprometer-se a residir regularmente na República.

Para fins de naturalização, domicílio implica residência e estável e efetiva conexão com a comunidade nacional, de acordo com as regulações estabelecidas por direito.

Proposta de alteração: Artigo 15. *Qualquer um que requeira naturalização deve previamente demonstrar evidências de boa conduta, deve demonstrar que possui uma ocupação conhecida e ou formas de subsistência, e deve saber falar, escrever e ler em espanhol. O requerente deve submeter-se a um exame compreensivo da história do país e seus valores bem como deve, ao mesmo tempo, comprometer-se a residir dentro do território nacional regularmente e jurar respeito à ordem constitucional da República.*

Os requerimentos e procedimentos de naturalização deverão ser estabelecidos por lei. (Grifo nosso).

A CorteIDH foi provocada a manifestar-se quanto à compatibilidade das aludidas alterações constitucionais

37 NASPOLINI, Samyra Haydée Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, ago. 2016. p. 87. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/62292>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

38 No Brasil, Ramos (2012) afirma expressamente que a CorteIDH não admite a aplicação da margem de apreciação nacional. No entanto, o tema já foi objeto de exame e de acolhimento pela Corte, tanto em Opinião Consultiva quanto em julgamentos contenciosos.

39 Decisão disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie_04_esp.pdf>.

com o disposto nos artigos 17 (Proteção da família)⁴⁰, 20 (Direito da nacionalidade)⁴¹ e 24 (Igualdade perante a lei)⁴² da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na resposta à consulta, a Corte Interamericana considerou que foram apresentadas duas questões jurídicas distintas: a primeira matéria relacionada ao direito de nacionalidade e a segunda vinculada à proibição da discriminação, ambas sob os ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴³.

Em relação à primeira delas, vinculada à nacionalidade, a Corte reconheceu que cumpre a cada Estado, de forma discricionária, estabelecer os critérios para a naturalização de estrangeiros, desde que cumpridos certos parâmetros estabelecidos pelo direito internacional (parágrafo 32), considerando essa questão, por um lado, como um atributo outorgado pelo Estado e, por outro, como um direito humano com base no artigo 19 da Declaração Americana de Direitos Humanos⁴⁴ e no artigo 15 da declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁵ (parágrafo 33)⁴⁶.

40 Artigo 17. Proteção da família. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes. 4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

41 Artigo 20. Direito à nacionalidade. 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. 3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

42 Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

43 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_04_esp.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

44 Artigo XIX. Toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la.

45 Artigo 15º: 1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.

46 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_04_esp.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

Prosseguindo nessa seara, a CorteIDH afirmou que

siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno

(parágrafo 36), ainda que essas disposições de direito interno possam, e devam, sofrer limitações pelo direito internacional em razão da necessidade de proteção dos Direitos Humanos (parágrafo 38).

Além disso, a Corte considerou que algumas das questões da consulta sequer deveriam ser consideradas no mérito da análise, pois dizem respeito a questões que devem ser resolvidas, com exclusividade, no âmbito interno (parágrafo 38). Sobre a aplicação da margem de apreciação nacional, assim manifestou-se a CorteIDH⁴⁷:

Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior [discriminación], es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. **Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.** (GRIFO NOSSO).

De igual sorte, no parágrafo 62, foi afastada a tese de que o estabelecimento de regras mais rígidas para a obtenção da nacionalidade costarricense implicaria discriminação aos estrangeiros, sob o fundamento de que o Estado goza de certa discricionariedade para estabelecer quem são ou não seus nacionais.

Em recente análise da Opinião Consultiva nº. 24, de 24 de novembro de 2017 — versando sobre questões “*obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo*”⁴⁸ — a Corte Interamericana de Direitos Hu-

rica_04_esp.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

47 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984*. p. 16. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_04_esp.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

48 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2014*. p. 1. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_24_esp.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

manos novamente reconheceu a existência de uma margem nacional de apreciação com base na jurisprudência da própria Corte, que decorre do artigo 2.7 da Carta das Nações Unidas⁴⁹; artigo 1.2 da Carta da Organização dos Estados Americanos⁵⁰ e segundo parágrafo do preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵¹.

Nesse panorama, fixando os limites de sua atuação na seara consultiva, a Corte assim se manifestou⁵²:

6. La jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado implica, por una parte, que el Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no abarca a todas las actividades de los sujetos de derecho internacional y, particularmente, de los Estados¹⁴, y por la otra, que en cuanto a las que no regula o los aspectos que no comprende de las acciones u omisiones estatales, el respectivo Estado goza de la competencia y autonomía para hacerlo¹⁵. De allí se desprende que, en el referido ejercicio, la Corte debe considerar dicha institución jurídica como aun real en la estructura jurídica internacional, aunque no con la misma amplitud e intensidad que antaño.

Além disso, ao apresentar o conceito do controle de convencionalidade, não deixou de ressaltar a sua limitação em relação à margem de apreciação do próprio Estado, na seguinte forma⁵³:

Visto lo precedentemente transcrito, el tema atingente al control de convencionalidad ciertamente se inserta, entonces, en la relación entre el Derecho Interno o Nacional y el Derecho Internacional y

ello considerando, por una parte, que este último no regula todas las materias e incluso en cuanto a algunas, cuando lo hace, no lo es en su totalidad y por la otra, consecuentemente, aún subsiste, como elemento central de la estructura jurídica internacional, aunque no en la misma intensidad y amplitud de antaño, la institución denominada dominio reservado o jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado o, como se le conoce en otras latitudes, margen de apreciación. Esta realidad implica que un asunto deja de ser de dicha jurisdicción en la medida que es regido por el Derecho Internacional y es precisamente por ello que la mencionada relación tiene distinta respuesta según si el asunto se resuelve a nivel interno o en el ámbito internacional, en particular, en lo atinente a sus efectos.

Em suma, observa-se, portanto, que houve uso da Teoria da Margem de Apreciação pela CorteIDH na Opinião Consultiva n°. 04/84, de forma a atribuir ao Estado certo espaço de discricionariedade no que se refere à restrição a direitos fundamentais, desde que não impliquem violação ao parâmetro mínimo de proteção estabelecido nas disposições convencionais. Já na Opinião Consultiva n°. 24/17, a Corte Interamericana traçou, de forma mais clara, a base nos documentos internacionais para o reconhecimento da Margem Nacional de Apreciação, inclusive, traçando seu paralelo com o controle de convencionalidade na relação entre os ordenamentos interno e internacional.

Porém, pode-se falar em aplicação da margem de apreciação no âmbito dos julgamentos contenciosos? É o que examinamos no próximo item.

3.2. A margem de apreciação nacional e os julgamentos contenciosos da CorteIDH

Sabe-se que a função jurisdicional da CorteIDH não se limita à solução de consultas que lhe são submetidas pelos Estados que se submetem à sua jurisdição: a cada ano, cresce a importância dos julgamentos exarados na solução de casos contenciosos.

No âmbito da jurisdição contenciosa, podem-se citar três julgamentos em que, exemplificativamente, houve expressa referência à margem de apreciação nacional: são eles os casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* e *Barreto Leiva vs. Venezuela*,

Inicialmente, no *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, a

49 Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: [...]. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; esse princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

50 A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros.

51 Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos

52 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2014*. p. 92. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria_24_esp.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

53 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2014*. p. 116. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria_24_esp.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴ analisou imputação de violação dos artigos 8º (garantias judiciais) e 13 (direito à liberdade de pensamento e de expressão), ambos da Convenção Americana de Derechos Humanos, em razão de condenação em único grau de jurisdição do jornalista Mauricio Herrera Ulloa ao pagamento de indenização, bem como o lançamento de seu nome no registro judicial de delinquentes, por suas publicações alegadamente terem ofendido a honra do diplomata Félix Prezedborski.

Nesse julgamento, a CorteIDH fez, pela primeira vez, expressa menção à margem nacional de apreciação em um caso contencioso, em que observou o cabimento daquela em matéria de recursos processuais, ainda que esta não possa ser tão ampla a ponto de suprimir o direito ao duplo grau de jurisdição, conforme exposto no parágrafo 161⁵⁵.

Cumprido destacar, no entanto, que a Corte reconheceu ter havido violação ao artigo 8.2.h da CADH⁵⁶, sob o fundamento de que as restrições impostas aos recursos colocados à disposição da vítima não permitiram aos tribunais locais o exame compreensivo e integral das questões suscitadas, caracterizando situação de violação às prerrogativas conferidas no âmbito internacional⁵⁷.

O *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, por sua vez, diz respeito à detenção dos Senhores Juan Carlos Chaparro Álvarez e Freddy Hernán Lapo Íñi-

guez, respectivamente dono e gerente da fábrica *Aislantes Plumavit Compañía Limitada*, sem que tenham sido informados sobre as razões de sua prisão, dentre outros fatores⁵⁸.

Nessa situação, ainda que sem referir expressamente à margem nacional de apreciação, a CorteIDH afirmou, no parágrafo 107 da sentença, que cumpre às autoridades judiciais nacionais verificar se há ou não necessidade de manter as medidas cautelares por elas proferidas, atendendo às especificidades de seu próprio ordenamento.

Apesar disso, foi reconhecida a irregularidade da prisão das vítimas, mostrando-se inviável a segregação cautelar sem qualquer informação a respeito das suas causas, com consequente violação às garantias de liberdade pessoal previstas na CADH.

Para completar os exemplos de aplicação da margem de apreciação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, em razão da precursora decisão em análise no presente estudo, importa observar o *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, de 17 de novembro de 2009⁵⁹.

Em suma, o senhor Oscar Enrique Barreto Leiva, intimado a prestar depoimento como testemunha em um processo criminal instaurado contra o Presidente da República, um Senador e um Deputado, foi preso sem ter sido informado sobre as razões de sua prisão, não lhe tendo sido oportunizada a defesa por advogado em razão do caráter inquisitorial do processo, restando condenado a um ano e dois meses de prisão. Além disso, não houve possibilidade de recorrer da sentença condenatória.

A Corte expressamente apontou, no parágrafo 90 da sentença, que “embora os Estados tenham uma margem de apreciação para regular o exercício desse recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a própria essência do direito a recorrer da decisão”⁶⁰.

54 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentença de 02 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

55 Com a seguinte redação: “De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”.

56 Artigo 8. Garantias judiciales [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

57 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentença de 02 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

58 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentença 21 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

59 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

60 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HU-

Também, nesse caso, foi reconhecida a irregularidade da conduta do Estado ao não possibilitar o acesso da vítima a recurso contra a sentença penal condenatória, com consequente violação à garantia prevista no artigo 8.2.h da CADH.

Assim, verifica-se que, apesar de aceitar, em tese, a aplicação da margem de apreciação nacional, a Corte IDH tem adotado critérios rígidos quando da análise de casos contenciosos. Nas três situações examinadas, apesar de fazer referência à existência de um certo espaço de discricionariedade ao Estado, a Corte Interamericana reconheceu ter havido violação aos parâmetros mínimos de proteção concedidos pela CADH às vítimas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos às vezes encontra-se diante do dilema da aplicação dos pactos internacionais em confronto com posicionamento adotado pelos Estados membros, quer pelo grau de abstração das normas constantes dos primeiros, quer pelas peculiaridades culturais dos segundos.

A partir de tal constatação e com a finalidade de averiguar a forma de aplicação da Teoria da Margem Nacional de Apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como forma de compatibilização dos sistemas internacional e nacional, elaborou-se este artigo, partindo-se das noções históricas relativas ao surgimento da teoria no âmbito interno, com a sua posterior adoção pelas Cortes Internacionais, para, posteriormente, apresentar noções conceituais da margem de apreciação, suas justificativas e formas de aplicação.

Superada tal elaboração teórica, foi possível analisar a aplicação da Teoria da Margem Nacional de apreciação pela Corte Interamericana com base nas manifestações em opiniões consultivas, como a OC nº 04/84, de 19 de janeiro de 1984 e decisões contenciosas, como no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de 17 de novembro de 2009.

Em relação à leitura de tal manifestação foi possível

aferir — ao menos no aludido caso concreto — que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece, em determinadas situações concretas, a regular margem de discricionariedade dos Estados na regulamentação interna de determinadas matérias, inclusive na hipótese de resultar em restrições a Direitos Humanos, desde que de forma proporcional e compatível com um benefício maior (proporcionalidade), sem que importe em afastamento das garantias reconhecidas nos pactos internacionais.

Todavia, impera ressaltar a necessidade do profundo estudo da teoria apresentada, com a finalidade da construção de parâmetros seguros e gerais para a utilização da margem nacional de apreciação, para evitar que a sua aplicação casuística não represente, antes de um mecanismo de integração dos DDHH e o multiculturalismo, uma fragilização dos sistemas de proteção aos Direitos Humanos.

Enfim, a relevância da conjugação da proteção aos Direitos Humanos perante a Corte IDH e da observância das peculiaridades culturais, é fundamento hábil para a utilização da teoria da margem nacional de apreciação, conforme se vislumbra no caso em tela. E esse fundamento adotado no âmbito internacional acaba permeando os ordenamentos internos quando do diálogo entre as fontes, ampliando a estrutura de proteção aos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Decreto nº. 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a carta das nações unidas, assinada em 26 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.
- BRASIL. *Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTR, 1998.

MANOS. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17 de novembro de 2009. p. 19. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *As teorias jurídicas pós-positivas*. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Complejidad y derecho. *Doxa*, Universidad de Alicante, Valência, v. 2, n. 21, p. 65-78, 1998. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*, 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos: opinião consultiva 4/84: a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Handyside vs. Reino Unido*. Sentença de 08 de setembro de 1976. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165143>>. Acesso em: 16 out. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lawless vs. Irlanda*. Sentença de 01 de julho de 1961. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165129>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso lingüístico belga*. Sentença de 23 de julho de 1968. Disponível em: <https://madalen.files.wordpress.com/2008/03/tedh_caso_lingc3bcc3adstico_belga.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. Sentença 21 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentença de 02 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.

Acesso em: 17 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2014*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 196, p. 133-147, out./dez. 2012.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 2, p. 392-418, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6058/3328>>. Acesso em: 19 out. 2017.

DULITZKY, Ariel E. An inter-american constitutional court?: the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía. *Pluralismo constitucional interamericano: a leitura plural da constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 385 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Mencoes-Honrosas/Direito-Breno-Magalhaes.PDF>>. Acesso em: 18 out. 2017.

MELO JUNIOR, José Ricardo Custódio de. O conflito entre o universalismo dos direitos humanos e o multiculturalismo: reflexos na aplicação da doutrina da margem de apreciação. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 7, n. 39, p. 7-21, pt. 2, out./dez. 2015.

MENDONÇA, Fernanda Graebin; NASCIMENTO,

Valéria Ribas do. Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 24, n. 94, p. 221-246, jan./mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*, 12 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, ago. 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/62292>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana de direitos humanos*, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração americana dos direitos e deveres do homem*, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, p. 117-143, 2007. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6778/6476>>. Acesso em: 19 out. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço

do pluralismo ordenado?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, jan. 2015. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>>. Acesso em: 16 out. 2017.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 2, n. 3, p. 157-181, 2015. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/issue/view/3/showToc>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

SANTOS, Yule Luiz Tavares dos. *A aplicabilidade da doutrina da margem de apreciação no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14bc3485c0d01cc6>>. Acesso em: 16 out. 2017.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. Disponível em <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/340/315>>. Acesso em: 24 out. 2017.

SEFERJAN, Tatiana Robles. Proteção internacional dos direitos humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 389-416, jul./set. 2015.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-118.

SOUZA, Antônio Francisco de. Margem de apreciação e Estado de direito. *POLIS – Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, Lisboa, n. 2, p. 7-28, jan./mar. 1995. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/viewFile/1744/1850>>. Acesso em: 23 ago. 2017.